

(23) E. Beiling, Lehre vom Verbrechen, S. 143.

(二) 義務違反の法益侵害従属性

一 フェルネックは、「義務違反としての犯罪」を掲げ、ゴールドシュミットは、「法規範」に違反しない「義務規範」違反としての「不能犯」をも、「可罰的」であるとした。⁽¹⁾このような態度が妥当でないことが、これまでの検討から明らかになった点である。

しかしながら、「義務違反」の観念が不要であるという帰結が導かれたわけではないことも、また明らかなのである。自然や動物には「義務違反」の観念は生じえないが、責任無能力者にも「義務違反」はないわけではないし、⁽²⁾過失犯では、「二重の義務違反」が肯定されるのが、最近の一般的傾向なのである。これらの点も、すでに了承済みである。「義務違反」は、「法益侵害」との関わりで検討されなければならない。

二 「義務違反」を「法益侵害」との関わりでとらえようとしたのが、オエーラーである。

オエーラーは、ゴールドシュミットを批判し、義務規範の「独立性」を否定した。⁽³⁾そして、義務規範は法規範に「従属」しなければならないと考えた。義務規範そのものは、倫理的なもので、刑法にとっては意味をもたないというのである。⁽⁴⁾義務規範は法規範に「従属」するのである。したがって、不能犯は、法規範に違反しないから不可罰なのである。⁽⁵⁾

法規範は、当然のことながら、「法益侵害」によって破られる。不能犯が、法規範に違反しないのは、「法益侵害」がないからである。ゴールドシュミットは、「法益侵害」がなくとも、義務規範に違反するから未遂は勿論不能犯も可罰的であったが、オエーラーは、義務規範に違反するところがあつたとしても、「法益侵害」がない以上は、法

規範違反は存在しえず、不可罰でなければならないというのである。

さらに、オエーラーは、正犯と共犯の区別を、専ら「正犯故意」か「共犯故意」という「行為者の意思方向」に求める「主観的共犯論」には従うことができないと考えた。「行為の程度」即ち「法益侵害性」が何ら考慮されていないからであるという。⁽⁶⁾

オエーラーにおいて、義務違反と法益侵害の関わりは、このように、「義務規範」の「法規範」への「従属」即ち「義務規範独自性の否定」というかたちをとるのである。

三 しかしながら、オエーラーは、「義務規範」を否定したわけではない。「義務規範」は、「法規範」違反が生じた場合にのみ実在するにすぎないとしながらも、そして、「法規範」に完全に適合した行為は合法となるとしながらも、「悪しき意思」は簡単には「善き意思」とはなりえないという理由で、なお「義務規範」を考えるのである。⁽⁷⁾しかし、その必要は全くないというべきであろう。法規範の二重機能を正当に認めることにより、敢て義務規範を考慮することなしにも問題は解決するからである。

オエーラーは、「法規範」は「独立した、積極的に内容をもった、決定機能と評価機能を備えた規範であって、すべての人に向けられた」⁽⁸⁾ものであり、他の人に対する関係での外部的態度を規制するにすぎないという。これに対して、「義務規範」は、消極的に「人を殺したいと思うな」・「禁止された結果を心の内に抱くな」・「注意を怠つて人の死を招くな」と呼びかける規範であり、法規範とはその「構造」を異にしていると考ええる。⁽⁹⁾そして、義務規範と「故意」または「過失」は不可分に一体化するものである。⁽¹⁰⁾だがしかし、「法規範」の「評価的機能」によって、「客観的義務違反」の有無、即ち、違法・合法の区別が行われ、「意思決定機能」による「評価」のための「前提」が確定されるのである。あとは、「意思決定機能」が有効に機能するか、「赦し」を与えざるをない事情（「責任無能

力」・「適法行為の期待不可能」のため「主観的義務違反」なしと「評価」するかが残されるだけである。「義務規範」の登場を俟つ必要はないといわなければならない。「故意」が、「過失」よりも強い「義務違反性」を示すことも、フォイエルバッハ以来、暗黙裡に、しかし「義務規範」を援用するまでもなく、是認されてきたところである。⁽¹¹⁾

さらにつけ加えるべきは、すでに一〇〇年も前に、ベーリングが、故意犯について、「二重の義務違反」を認め、「法秩序」と「行為」の対立・矛盾関係としての「客観的義務違反」即ち「違法性」と、違法な行為を生み出した行為者の心的欠陥としての「主観的義務違反」即ち「有責性」とを、明確に区別していたという事実である。⁽¹²⁾ しかも、ベーリングは、「法規範そのもの」からこれを演繹したのである。⁽¹³⁾

四 「義務違反」なしには「法益侵害」を考える必要はないが、「義務違反」は「法益侵害」に「従属」しなければならない。自然現象や動物がいかに甚大な災害を生じさせようとも、法益侵害があつたという必要はない。しかし、法益侵害なしの義務違反を考えることも、刑法的には許されない。これまでの検討の帰結は、このようなものである。即ち、「義務違反の法益侵害従属性」の確認である。

「義務違反の法益侵害従属性」の原則は、法益侵害が重大であればある程、その義務違反性も重大になるという帰結をも導く筈である。この点も、すでにベーリングが指摘していたところである。⁽¹⁴⁾

ところが、「義務の価値」が低ければ低い程、逆に「義務違反性」は重くなるという見解がある。ヴェルツェル⁽¹⁵⁾の見解である。

ヴェルツェルによれば、人の生命を尊重しなければならないという「義務の社会倫理的価値」は「自明のもの」である程に「低い」が、その侵害は、「殺人」として最も「重い犯罪」となるのである。「社会倫理的義務は、その履行が低い価値しかもたず、しかし、その不履行が殊更に重大なものとなるという二面性において根源的なものである」。⁽¹⁶⁾

果たして、人命尊重義務は、ヴェルツェル指摘のように、「自明のもの」であり、かつ、「低い価値」しかもたないものなのであろうか。

N・ハルトマン⁽¹⁷⁾は、「倫理学」の見地から、「価値の高さ」と「価値の強さ」を区別した。前者は、諸種の制約を受けた、したがって、実現困難な「弱い価値」であるが故に、倫理的に「高い価値」なのである。したがって、その実現には「高い賞讃」が寄せられるが、その不実現・失敗には、強い「非難」は向けられないのである。人類愛からする「人命救助」の成功が賞讃を受けるのは、この理由による。⁽¹⁸⁾

これに対して、後者即ち「強い価値」は、根源的な、したがって、制約のすくない実現容易な「価値」であるが故に、「低い価値」なのである。「殺人」を行わないことに「賞讃」は与えられないが、「殺人」に「強い非難」が寄せられるのは、この理由による。⁽¹⁹⁾殺人を行わないことは、人命救助とは違って、何ら英雄的なことではない。むしろ、すべての人が当然のこととして遵守しなければならず、実際にも大多数の人が履践している平凡な現実である。

しかし、「倫理学」とは違って、「刑法学」にとっては、「賞讃」に値するものは、本来無縁である。刑法にとつては、フォイエルバッハの「困ったことをしてくれた」ことが、関心事なのである。⁽²⁰⁾

「高い徳性」の実現は、倫理的に「高い価値」を示すが、刑法は、「高い法益」の侵害を「重い義務違反」としなければならぬ。倫理的価値の低さ故に、その侵害が重大となるのではなくして、「法益の高さ」故に、その侵害が「重大」となるのである。「殺人」は、至高の法益を侵害するから、「傷害」よりもその義務違反性を高くする。「傷害」も、「窃盗」よりも重い義務違反である。刑法では、やはり「義務違反」は「法益侵害」に「従属」しなければならぬ。ヴェルツェルは、この限りで、反対に、「義務違反」の「独立」を求めることになるのである。⁽²¹⁾「低い価値」の侵害を「重く非難する」ことになるからである。

ヴェルツェルが、N・ハルトマンに従ったとしたならば、「刑法学」の関心と「倫理学」の関心との微妙な、しかし、重大な相違を軽視するものといわざるをえないであろう。

五「義務違反」と「法益侵害」との関わりを以上のように解するならば、冒頭に提出した問題の一つを解明する手懸りも与えられたように思われる。

第一に、「義務違反」と「法益侵害」とは「同一物」ではないといわなければならない。両者を「同一物」とみるシュミットホイザー⁽²²⁾には反対せざるをえないのである。イエシエック⁽²³⁾が、両者の「一致」を犯罪とみることに對しても同様である。

第二に、しかし同時に、両者を「別個の物」と考える態度にも、賛成できない。レンクナー⁽²⁴⁾は、非の打ちどころがない自動車運転中に、突然幼児が飛び出してきて轢かれてしまったような場合でも、因果的な意味での「法益侵害」は存在するが「義務違反」はないという。妥当ではないというべきである。「人間による法益侵害」だけを考える立場でも、およそ「不可抗力」によってもたらされたものは、「不幸な事故」であって、自然や動物によってもたらされた「災害」と同じ評価を受けてよいのである。睡眠中の動作や反射運動などによる場合は勿論、「行為」によってもたらされたものであっても、「不可抗力」の結果について「法益侵害」を論じる必要はないわけである。レンクナ⁽²⁶⁾も、他の多くの論者と同様、「否定的に評価される状態を惹起したという意味での法益侵害」という表現を用いるが、不正確であるといわなければならない。

イエシエック⁽²⁷⁾が、「義務違反」と「法益侵害」とは「対極」にあるとするのも同様である。両者は対立するものではないからである。

したがって、第三には、両者の「密接な関わり」が肯定されなければならない。それは、「義務違反」による法益侵

害」と「義務違反の法益侵害従属」の関係にはかならない。つまり、義務違反なしには法益侵害もないが、義務違反だけでは法益侵害を生じさせることはないという関係である。

そもそも、「義務」とは、それがいかに高尚なものであっても、独立して存在することはないのである。必ず、何らかの「目的（価値）」を実現するための「手段」にすぎないといわなければならない。「人倫的義務」も、アルトゥール・カウフマンが指摘するように、「人倫律」完成のための「高度な義務」にすぎず、「法的義務」は、ロクシンも指摘するように、「法益保護」のための手段であるにすぎないことを看過してはならない。⁽²⁹⁾

六 「構成要件実現」は、「法益侵害の可能性」、したがってまた、ベールリングの「客観的義務違反の可能性」を示す。しかし、「高位法益」を守るために、やむをえず「低位法益」を犠牲にせざるをえなかった場合には、「優越利益の原理」により、「法益侵害性」が否定され、「客観的義務違反性」も否定されるのである。これが、「違法阻却事由（正当化事由）」の指導原理である。ロクシンは、構成要件実現が法益侵害を示すかに述べているが、正当ではないといわなければならない。しかし、構成要件該当性は原則として違法性を肯定させるという通説的見地は、ロクシンのような理解に赴いて当然なのである。

これに対して、有責任が「主観的義務違反」により肯定されるということは、ベールリング以来、ほぼ異論なしに是認されてきたところであり、特に過失犯に関して、客観的義務違反と主観的義務違反とを区別して考察することは当然の要請と⁽³¹⁾されていることを指摘しなければならない。

さらに、構成要件該当性は論理的に「主観的義務違反の可能性」を示すと考えて差支えないが、責任無能力者の「客観的義務違反」は、法規範により「赦し」が与えられ、「主観的義務違反」が否定されることをも、改めて付言しておきたい。⁽³²⁾

- (1) J. Goldschmidt, Der Notstand, S. 18f.
 - (2) D. Oehler, Sauer-Festschrift, S. 266f.
 - (3) D. Oehler, Sauer-Festschrift, S. 266ff.
 - (4) D. Oehler, Sauer-Festschrift, S. 267.
 - (5) D. Oehler, Sauer-Festschrift, S. 266.
 - (6) D. Oehler, Sauer-Festschrift, S. 266f. しかし「正犯故意」か「共犯故意」かは、単なる「主観的な意思方向」の違いではない筈である。後出『Ⅲ・Ⅱ・(Ⅱ) 注 (13)』。
 - (7) なお「主観的共犯論」については、内田・概要中巻四二二頁以下。また、C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. II, 2003, S. 10ff.
 - (8) D. Oehler, Sauer-Festschrift, S. 271ff.
 - (9) D. Oehler, Sauer-Festschrift, S. 271.
 - (10) D. Oehler, Sauer-Festschrift, S. 272.
 - (11) D. Oehler, Sauer-Festschrift, S. 272f.
 - (12) E. Beiling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, 1910, S. 4ff., 30. さらに、内田・概要中巻二一九頁、二二〇頁以下、二二八頁、二九〇頁。
- ちなみに、フェルネックでは「利益侵害」は「法の目的を害する「内容」であり、「義務違反」はその「形式」であった。
- H. v. Fenneck, Die Rechtswidrigkeit, I, S. 94, 282, 378.
- (12) 前出『Ⅲ・Ⅱ・(Ⅱ) 注 (2)』。
 - (13) E. Beiling, Lehre vom Verbrechen, S. 115ff. マンホーファー (W. Maihofer, Der Unrechtsvorwurf, Rittler-Festschrift, 1957, S. 141ff., 152, 163) は「同様の犯罪に競われる」など、R. v. Hippel, Strafrecht, Bd. II, 276, 276Anm. 3.
 - (14) E. Beiling, Lehre vom Verbrechen, S. 127ff. また、D. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, S. 141ff.
 - (15) H. Weizel, Das Deutsche Strafrecht, II Aufl. S. 5f.
 - (16) H. Weizel, Das Deutsche Strafrecht, II Aufl. S. 5.
 - (17) N. Hartmann, Ethik, 3 Aufl. 1949, S. 595ff., 598ff.

- (18) N. Hartmann, Ethik, 3 Aufl. S. 601f., 608f., 612.
 (19) N. Hartmann, Ethik, 3 Aufl. S. 340ff., 602., 605ff.
 (20) 勿論、「より低い価値を傷つけずにより高い価値を実現する」のが、倫理学の要請に適うものではない (N. Hartmann, Ethik, 3 Aufl. S. 607ff.)、これを否定する必要は全くなく。
 (21) ヴェルツェルは「労働」を人の最も根源的な「価値」であると考え (H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 1ff.)、「勇氣」・「誠実」・「献身」・「自由犠牲」などを「目的手段」の関係を越えた「人倫的価値」を考へる (H. Welzel, Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 224ff., 227ff.)、単なる「労働」とは、身体を動かすだけであり、単なる「勇氣」とは暴れることと区別がつかない可能性があることを看過してはならない。したがってまた、「義務自体」を論じること無意味である。後出、Ⅲ・Ⅰ(一)注(21)。
 (22) E. Schmidhäuser, Engisch-Festschrift, S. 444f.
 (23) Jescheck-Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. T. 5 Aufl. S. 8.
 (24) Schönte-Schröder, StGB, 27 Aufl. S. 154, 172 [Th. Lenckner/Eisele].
 (25) D. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, S. 55, 143. 内田・概要上巻 133頁以下。xviii, 後注(15)、後出、Ⅲ・Ⅰ・(1)
 (26) Schönte-Schröder, StGB, 27 Aufl. S. 152 ff., 154 [Th. Lenckner/Eisele]; Baumann-Weber-Mitsch, Strafrecht, Allg. T. 11 Aufl. S. 14 [U. Weber]. 444 H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht 11 Aufl. S. 62.
 (27) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. Vor § 13 Rdn. 11 [H. H. Jescheck].
 (28) Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2 Aufl. S. 118ff., 128, 197f. xviii, A. v. Feuerbach, Kritik des Natürlichen Rechts, S. 237ff., 276ff., 282ff., 286, 287ff.
 (29) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. 1, 3 Aufl. S. 28f.
 444 D. v. H. (Baumann-Weber-Mitsch, Strafrecht, Allg. T. 11 Aufl. S. 15 [U. Weber]) やマウラッヒ (Maurach-Zipf, Strafrecht, Allg. T. 1, 8 Aufl. S. 391) 等 同く記載される。
 (30) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. 1, 3 Aufl. S. 512.
 (31) 内田・北陸法學 13巻・1号 18頁以下、四一頁以下。前出、Ⅱ・Ⅱ・(一)注(12) — (14)、なお、Ⅱ・Ⅱ・(二)注(11) — (13)。

(32) 内田・概要上巻一五一頁以下、一五六頁注(16)。

Ⅲ 結果無価値と行為無価値

一 結果無価値の行為無価値従属性

(一) 過失犯の行為無価値

一 ヴェルツェルによって、過失犯論は現在のものになったといつて過言ではない。ヴェルツェルは、従来の「因果的行為論」に依存する過失犯論は「過失責任論」であるにすぎず、有意的行為による「不注意な結果惹起」は故意犯と同じ「構成要件」に該当し、同じ「違法性」を有し、故意犯との違いは「責任論」ではじめて確認されるにすぎないという不都合なものであると考えた。⁽¹⁾「因果的結果惹起」を「法益侵害」とみるレンクナーなどの一般的傾向は、このような理解に基づくものにほかならないのである。ヴェルツェルは、これを否定し、「客観的注意義務違反」による「法益侵害」を過失犯の「不法」とし、「主観的注意義務違反」を過失犯の「責任」とすることにより、過失犯論の新たな展開に寄与したわけである。⁽²⁾

たしかに、結果を求める「目的的行為」とこれを求めない「目的的行為」とは、同じではない。「殺人罪の構成要件」と「過失致死罪の構成要件」も、同一ではないと考えた方がよい。ペーリングの反対はあるが、⁽³⁾「殺しの構成要件それ自体」を考えるべきではないと思われるからである。故意犯の「違法性」も、過失犯のそれよりも「重い」のである。人を轢殺するために車を運転する行為と不注意運転で通行人を轢死させた行為とが、同じ違法性をもつなど

とは、誰もいわない筈である。ペーリングもこれを明確に認めている⁽⁴⁾。したがって、ペーリングにとって、「故意」と「過失」とは、「責任形式」が相違するだけにとどまらず、「責任段階」としての相違をも示すのである⁽⁵⁾。故意犯は過失犯より重く罰せられて当然である。

ヴェルツェルの過失犯論（新過失犯論）は、このような解釈論上の成果をもたらしたが、さらに、「法益侵害」は「義務違反」によって生じるという理解をも支えるものである。ヴェルツェルは、レンクナーが挙示したような設例について、「法益侵害（不法）」を否定するのである。いかに注意深く運転しても不可避な「事故」につき、それでもなお、法益侵害を肯定しようとすることは、およそ「自動車運転」を止めることを求めるものだからである⁽⁶⁾。

だがしかし、このように正当な論理の展開にも拘らず、ヴェルツェルの過失犯論には、看過できない欠陥があるといわなければならない。それは、「過失行為」と「結果」との「分断」の論理である。

二 ヴェルツェルの出発点は、「因果的結果惹起」の否定にあつた。「客観的注意義務違反」による結果惹起こそ「法益侵害」なのである。

ところが、ヴェルツェルは、同じ不注意運転でも、経過のいかんにより、単なる交通違反にとどまることもあり、過失傷害しか生じさせないこともあり、多数人を死亡させる悲惨な結果を招くこともあるという⁽⁷⁾。ヴェルツェルにとって、「結果は偶然的構成要素」⁽⁸⁾なのである。

ヴェルツェルのような理解は、その後、ドイツでも支配的なものとなり、現在に及んでいるといつてよい。アルミン・カウフマン⁽⁹⁾は、過失犯の「結果」は「客観的処罰条件」にすぎないとまでいうのである。

しかし、このような理解もまた、否定されなければならない⁽¹⁰⁾。幼児用の小さな自転車ならばいざ知らず、普通乗用車は、通行人との衝突により、通行人の「死」をもたらすのが「通常」である。「傷害」にとどまったならば、「不幸

中の幸い」であり、「掠傷」すらなかったときは、「好運の女神」の恵みである。線香花火は、せいぜい「火傷」を負わせる程度であろうが、大型花火は、火傷では済まないのと同じである。勿論、ヴェルツェルがいうように、具体的な条件、経過のいかんなどに左右されることはあっても、基本的にはこのように考えなければ、人の生活は成り立たないであろう。⁽¹¹⁾そして、「偶然に責任を負わせない（偶然責任否定）」が「好運は幸いする」のである。車に跳ねられて「傷害」しか負わなかった場合には、「過失致死未遂」としての「過失傷害」の被害を考え、「掠傷」も負わなかった場合には、「過失致死未遂」として「無罪」を考えてよいのである。「過失犯」の未遂は、現行法上不可罰であるが、「過失的未遂」は、別の過失犯を成立させることがあるといわなければならない。⁽¹²⁾「殺意」が立証されない限り、「殺人未遂」も「傷害」にとどまってよいであろう。ただ、「結果責任」だけは回避されなければならない。にも拘らず、ヴェルツェル以降の「過失犯論」は、「結果責任」を是認することになるのである。

三「結果」は「行為」の産物である。「結果無価値」は「行為無価値」により、はじめて観念されるべきである。ヴェルツェル以降の過失犯論は、この単純な「事理」を看過しているといわざるをえない。

ヴェルツェルが、「因果的結果惹起」を排除して、「行為無価値」による「法益侵害」を肯定しようとしたことは、まことに正当であった。しかし、過失犯に関しては、依然、「因果的結果惹起」からの脱却は行われていないのである。「過失犯の行為無価値」の意義を正當に把握していないからなのである。「行為無価値」とは何か。これが問題である。

そもそも、刑法上は、「行為無価値」のない「結果無価値」は存在しないといわなければならない。ロクシンが、正當に指摘するところである。この関係は、「義務違反」のない「法益侵害」はないという関係と平行しているといつてよい。しかし、構成要件上の「結果無価値」に欠けても、なお「法益侵害」が肯定されなければならない場合もある。

る。いわゆる「単純行為犯」がそれである。勿論、単純行為犯でも、「行為無価値」は必要である⁽¹⁴⁾。

これに対して、いわゆる「結果犯」では、構成要件の結果、即ち、「結果無価値」なしには「構成要件」の実現はありえず、したがって「法益侵害」の存否も確定的ではないが、ここでは、「行為無価値」から切り離された「結果無価値」を認めることができるかどうかが問われているのである。そして、これが否定されるべきなのである。A・ウィンマー⁽¹⁵⁾が指摘しているように、「行為無価値」は「侵害の可能性」を示し、「結果無価値」は、その「侵害の実現」にはかならないからである。

他方、ラムベ⁽¹⁶⁾が正当に指摘するように、何らかの「結果無価値」を示さない「行為無価値」も、また考えられないといわなければならない。「行為それ自体」を考えることは無意味だからである⁽¹⁷⁾。

不注意な自動車運転は、人を轢死させる「可能性」をもっているから「禁止」される。この可能性が「実現」した故に「結果無価値」が認められる。過失犯の「禁止」は、当然「結果」をも含めなければならない⁽¹⁸⁾。過失犯の「結果」は、「処罰条件」にとどまりえないのである⁽¹⁹⁾。

かねてから、過失犯は、「個別的な過失犯罪 (crimina culposa)」であって、「一般的な過失犯罪 (crimen culpae)」であってはいないとされてきた⁽²⁰⁾。しかし、個別的過失罪は、結果実現の可能性を包蔵した行為によつてはじめて現実化するものであって、決して行為だけで個別化されるものではない。「行為無価値」だけでは、過失犯は「懈怠罪」即ち「一般的過失罪」にすぎないことを指摘しなければならない。そして、「不注意そのもの」・「怠慢そのもの」とは「勇気そのもの」・「献身そのもの」と全く同様、観念することが不可能であることをもつけ加えておきたい⁽²¹⁾。ゴードシユミット⁽²²⁾は、ヴェルツェルに遙かに先立って、戸を開け放った四階の部屋に幼児を放置しておいた母親と、閉め切った部屋に幼児を放置しておいた母親とを比較し、前者は「過失致死罪」を想定させるが、後者は「過失傷害罪」

しか想定させないのが通常であると考えた。前者において、仮に幼児が地上に落下して骨折で済んだとしたならば、「不当な好運」に恵まれただけのことであるという。正論である。

過失犯の「行為無価値」の意義を正當に評価するならば、「義務規範」を独立させることなしにも、そして「目的的行为論」をとることなしにも、「事態」の解決は充分可能である。⁽²³⁾

- (1) H. Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961, S. 7ff., 12f.
- (2) H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 127ff., 131ff., 135ff., 175f.
- (3) E. Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 13, 178ff., 294; ders., Grundzüge des Strafrechts, 11 Aufl. 1930, S. 29f. に対しては、内田・概要上巻一四七頁以下。
- (4) E. Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 128; ders., Z. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Germ. Abt. 17, 1896, S. 194.
- (5) E. Beling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, 1910, S. 28ff., 53ff., 56.
- (6) H. Welzel, Fahrlässigkeit, S. 9; ders., Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 135.
尤も、ヴェルツェルは、このような場合の「結果」にも「因果的な意味での法益侵害」を認めるようである。
- (7) H. Welzel, Fahrlässigkeit, S. 19f.
- (8) H. Welzel, Fahrlässigkeit, S. 19f.; ders., Das Deutsche Strafrecht, S. 136.
- (9) Arm. Kaufmann, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-Festschrift, 1974, S. 393ff., 410f.
- (10) E. J. Lampe, Das personale Unrecht, 1967, S. 95f. ラムペは、ヴェルツェルのような理解では、「不注意の程度（行為無価値の程度）」により処罰価値を決定せざるをえないことになろうというのである。
- (11) 最決平成元年三月一四日刑集四三巻三号二六二頁は、軽四輪車の後部荷台に二人が乗り込んでいることに気付かず、操縦を誤り、信号柱に衝突して二人を路上に転落・死亡させたという事案につき、自動車の暴走により「人の死傷を伴ういかなる事故を惹起するかもしれないことは、当然に認識しえたものというべきである」として、「業務上過失致死罪」の成立を認めた原判決を是認した。「軽四輪車の無謀操縦」がもつ「危険性」を肯定したことは妥当である。しかし、「人の死傷を伴ういかなる事故」でも同じだ

というのであれば不当である。後部荷台の二人が振り落される場合の「死の危険性」を吟味するべきである。それは、「助手席の同乗者」や「通行人」に想定される「死の危険」とは違う筈なのである。およそ「いかなる事故」についても配慮しなければならぬなどというのは、生活を停止させることになるであらう。

- (12) わが刑法は、「過失傷害罪」(刑二〇九条)と「過失致死罪」(刑二一〇条)を区別しているにも拘らず、「業務上過失犯」・「重過失犯」に関しては、「致死傷」を一括して、しかも同一の法定刑をもって処理しようとする(刑二二一条)。これは明らかに妥当性を欠く立法である。詳細は、内田・概要上巻一八八頁以下、同・概要中巻四五頁以下、同・各論(第三版)五四頁以下、五八頁以下。

- (13) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I. 3 Aufl. S. 269ff.

- (14) わが刑法一三〇条は「住居」への「不法侵入」を規定する。即ち、「單純行為犯」の規定である。しかし、「居住の場の排他的支配の自由」が「法益」であり、その「侵害」が発生しない限り、未遂(刑一三二条)にとどまる。不法侵入という「行為無価値」は不可欠であるが、それだけでは「既遂」とはいえないわけである。ただ、一三〇条の「規定」は、「結果」を必要とはしないのである。

- (15) A. Wimmer, Das Zufallsproblem beim fahrlässigen Verletzungsdelikt, NJW. 1958, S. 521ff. 447 Chr. Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981, S. 72f.; Jeschek-Weigend, Lehrbuch des Strafrecht, Allg. T. 5 Aufl. S. 586f.

- (16) E. J. Lampe, Das personale Unrecht, S. 99.

- (17) 「因果的行為論」は、むしろ「行為それ自体」を考えるのである。E. Beiling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 13f. 17ff. 406ff. 前注(2)。

- (18) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I. 3 Aufl. S. 268ff. 406ff. 註釋は、H. J. Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, ZStW. 94, 1982, S. 251ff.; ders. Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, Lampe-Festschrift, 2003, S. 515ff. 522ff. 531ff.

- (19) 前注(6)(10)(29)。

- (20) Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2 Aufl. S. 141, 156f.; Leipziger Kommentar, 11 Aufl. § 16 Rdn. 3 [F. Chr. Schroeder].

- (21) 前出『II・II・(1)』注(2)。

(22) J. Goldschmidt, Der Notstand, S. 28f.

(23) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I. 3 Aufl. S. 266ff.

(二) 未遂の結果無価値

一 「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」場合が「未遂」であり、「減輕」される可能性がある(刑四三条本文)。「減輕」されうるだけで「犯罪」であることには変わりがないのであるから、「違法阻却事由」・「責任阻却事由」の存在により犯罪の成立が否定される場合には、「未遂」を考える必要はないといわなければならない。敵の暴力団員を撃たなければ、自分が背後から仲間狙撃される状況で発砲し、失敗したような場合、「緊急避難」が成立するときは犯罪ではないのであるから、「殺人未遂」もありえないのである。シュペンデルは、このような場合にも、客観的には「殺人の実行行為」があり、「違法性」も認められるが、「責任阻却緊急避難」の故に「責任」だけが阻却されることになるという。しかし、本来は、「未遂」そのものが存在しないと考えるべきであろう。したがってまた、一三歳の少年が窃盗に着手して失敗した場合にも、解釈論上は、「窃盗未遂」(刑二四三条)を考える必要はないと思われる⁽³⁾。

右のように考えたとしても、「未遂罪」が成立するためには、「実行の着手」即ち「構成要件実現行為」は不可欠である。問題は、「構成要件の実現」により、「既遂」を認めてよいかどうかである。暗黙裡にこれを肯定するのが、従来の一般的傾向であったといえよう⁽⁴⁾。しかし、これは明らかに妥当でない。構成要件実現は、既遂の必要条件ではあるが、充分条件ではないのである。構成要件の実現は、「犯罪を遂げた」ことと同じではないからである。

たしかに、いわゆる「結果犯」であり、かつ、「侵害罪」でもある「殺人罪」などでは、構成要件の実現即ち「殺

した」ことをもって「法益侵害」も肯定されてよいであろう。しかし、このことは、構成要件の実現が、「事実上」法益侵害を肯定させることもあるというだけであつて、形式的犯罪概念の一成立要件としての「構成要件実現」は、決して実質的犯罪概念の核心要件としての「法益侵害」を意味するものではないということを、看過してはならないのである。したがって、いわゆる「結果犯」でありながら、「公共危険犯」であるにすぎないわが刑法上の「放火罪」(刑一〇八条以下)などでは、構成要件の実現即ち、建造物等の「焼損」にも拘らず、「公共危険」即ち多数市民の生命・身体・財産等に対する「危険招来」が看取されない限り、犯罪としては「未遂」にとどまるといわなければならないのである。⁽⁵⁾「単純行為犯」であり、「危険犯」でもある「偽証罪」(刑一六九条)などは、「構成要件実現行為」即ち「虚偽の陳述」により「既遂」になるというU・ウェーバーの理解もあり、⁽⁶⁾「義務違反として犯罪」の面目躍如たるものがあるが、国家の司法作用に「危険」が生じない限り「既遂」ではありえず、⁽⁷⁾「不可罰」にとどまるべきである。⁽⁸⁾

二「侵害犯」の既遂は、それが「結果犯」であるか「単純行為犯」であるかを問わず、「法益侵害」により、「危険犯」の既遂は、それが「結果犯」であるか「単純行為犯」であるかを問わず、所定法益に対する「危険惹起」により、それぞれこれを肯定することになるのであるが、最近の傾向は、むしろ端的に「結果無価値」の招来をもつて足りる⁽⁸⁾と考えるようである。

たしかに、「人を殺した者」(刑一九九条)・「身体を傷害し、よつて人を死亡させた者」(刑二〇五条)・「過失により人を死亡させた者」(刑二二〇条)という記述により、同じ「人の生命」という法益の侵害が、侵害態様により「異なった犯罪」となり、各本条に規定された法定刑の高低から、それぞれの「犯罪の重軽」の程度も示されたことになるわけであるから、「行為」と「結果」の記述には、立法政策的見地からも、極めて重要な意義があるものと

いなければならない。⁽⁹⁾しかし、いわゆる「単純行為犯」では、事情は異なる。ここでは「結果」が明示されていないのである。しかも、単純行為犯であって「危険犯」でもある多くの犯罪では、右の考量は有効ではないといわなければならない。「偽証罪」に関して、先に述べたところを想起しなければならない。「虚偽告訴罪」(刑一七二条)・「公然猥褻罪」(刑一七四条)などでも同じである。

これらの犯罪にあつては、「結果無価値」の意義は、所定の「法益に対する危険惹起」としてとらえられなければならない。したがってまた、その「既遂」は、所定の「法益危殆化」の実現を俟ってはじめて認められるのである。⁽¹⁰⁾いわゆる「結果犯」であつて「侵害犯」でもある殺人罪などでは、「結果無価値」の実現をもって、事実上、「法益侵害」を肯定してよいということは、さきに触れたところであるが、「未遂」は「行為無価値」を示すのみであるかどうかは、なお検討を要する問題であることを看過してはならない。

三 アルミン・カウフマンは、⁽¹¹⁾「未遂」を「行為無価値」に限定しながら、しかし犯罪の実質は「行為無価値」の中にあるとみる立場の主唱者である。過失犯の「結果」は「処罰条件」にすぎないという主張も、この立場の帰結の一つである。

このような考え方の根底には、ヴェルツェルの場合と同様、「因果的結果惹起」と「目的的行為」との「分断」の論理があるものといわなければならない。⁽¹²⁾

アルミン・カウフマンは、⁽¹³⁾法は目的的行為だけを禁止・命令しうるものであり、「終了未遂」により「行為無価値」は完全に実現されると考えた。「結果無価値」は「不法」と「責任」に何物をもつけ加えないのである。したがって、「迷信犯」すら「不法」なのである。しかし、それを処罰するかどうかは、「予防目的」に委ねられるわけである。これに対して、「着手未遂」では、「行為無価値」の実現は完全ではない。行為者には未だ行うべき行為は残されている

からである。アルミン・カウフマンは、このように考えた。

たしかに、形式的には、このように考えることも可能である。しかし、「迷信犯」にも「行為無価値」を肯定する態度は、実質的に不当であるとしかしいようがない。「行為無価値」を強調するヴェルツェルやツイーリンスキーも、「迷信犯」の「行為無価値」には懐疑的である。⁽¹⁴⁾「結果無価値」と「行為無価値」の「分断」は、アルミン・カウフマンにおいて、より徹底しているのである。

ツイーリンスキーは、「行為無価値」と「結果無価値」との間の架橋し難い「断絶」を前提としながらも、⁽¹⁵⁾「犯」における「行為無価値」の極限までの低下を認めた上、⁽¹⁶⁾「既遂」と「未遂」の「不法の相違」を肯定する。⁽¹⁷⁾そこに「行為無価値論」の限界が潜んでいると思われるが、「結果価値」は、最初から「行為無価値」の中にあることを否定することはできなかったのである。⁽¹⁸⁾

「既遂」は「未遂」の目前にある。「着手未遂」の段階でも、同種行為の継続により「既遂」となるのであって、別種行為を新たに付け加える必要がないから「未遂」なのである。⁽¹⁹⁾未遂によって、既に犯罪完成の主要部分は実現され⁽²⁰⁾るといふミッチの指摘は正当である。クラッチも、⁽²¹⁾ほぼ同様に考えていたことである。

四 加えて、「單純行為犯」であって「危険犯」である「偽証罪」・「公然猥褻罪」などでは、「行為無価値」の重視も大きな意味をもたない。「行為無価値」と「結果無価値」の区別自体が重要でないのである。⁽²²⁾しかし、「司法作用への影響」・「性的嫌悪感」を考慮することなしに「既遂」を認めてはならない。ただ、この種の犯罪では、「未遂形態」は処罰されないことが多いだけである。ここで、「行為無価値」を掲げて安易に「既遂」を認めるべきでないことは、多言を要しないであらう。⁽²³⁾

「未遂」は「行為無価値」にとどまるものではない。「法益侵害」という「結果」を求め、あるいは、「法益危殆化」

という「結果」を求める行為でなければならないのである。

このような意味において、犯罪の実質は、たしかに「行為無価値」の中にあるといわなければならないが、それに尽きるものではなくして、「結果無価値」を必要とするものであり、「当該結果無価値」は、「その行為無価値」の当然の「延長上」になければならないという結論を導くことができるのである。この場合の結果無価値とは、いわゆる「構成要件実現としての結果無価値」ではなくして、「犯罪としての結果無価値」であり、それが「既遂」を意味することになるわけである。⁽²⁴⁾「行為無価値」と「結果無価値」を必要とする「既遂」が、「行為無価値」とどまる「未遂」よりも重い非難に値することを原則とするのは、当然である。⁽²⁵⁾したがって、未遂は「減輕」される可能性を示すのである。

未遂は結果無価値を求めるものであることを否定してはならない。いずれにしても、ヒルシュ⁽²⁶⁾が適切に指摘するように、未遂犯は、単なる「危険犯」ではないのである。

最後に、付言しておきたいことがある。「侵害犯」にあつては、「構成要件実現」によって、「法益侵害」・「結果無価値」が肯定されてよいとするのは、「違法阻却事由」の存在により修正されなければならないという点である。「優越利益の原理」は、上述したように、「法益侵害性」を相殺するからである。⁽²⁷⁾

- (1) G. Spandel, Zur Neubegründung der objektiven Versuchtheorie, Stock-Festschrift, 1966, S. 89ff. 113f.
- (2) Baumann-Weber-Mitsch, Strafrecht, Allg. T. 11 Aufl. S. 590, 596ff. [W. Mitsch].
- (3) 内田・概要中巻四〇一項。
- (4) R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 396ff.; E. Mezger, Strafrecht, 3 Aufl. 1949, S. 379ff.; Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, Allg. T. II, 7 Aufl. 1989, S. 2ff. [K. H. Gössel]. りんぽうせいしん ンギンゲン (G. Spandel, Stock-Festschrift, S. 99ff., 110ff. 113f.) 47

- 構成要件該当性・違法性・有責性の充足を求めたのである（前注（1））。これは正当な方向を求めたものである。ただ、未遂は、修正された構成要件（未遂犯の構成要件）に該当し、「未遂犯としての違法性」を有し、「未遂犯としての有責性」を具備する必要があるわけである。したがって、一三歳の少年の「窃盗未遂」は、やはり「窃盗未遂罪」ではないといわなければならない。
- (5) 内田・概要上巻二〇四頁以下、同・概要中巻四〇六頁以下。
- (6) Baumann-Weber, Strafrecht, Allg. T. 9 Aufl. 1985, S. 479f. [U. Weber]. なお、後注（22）。
- (7) 大判大正二年九月五日刑録一九輯八四頁は、「この見地において批判を免れないといわなければならない。」「偽証」が裁判の「結果」に「影響」を及ぼす「虞れ」をもつかどうかは、犯罪の成否を左右しないとすることからである。
- (8) アルミン・カウフマン (Arm. Kaufmann, Welzel-Festschrift, S. 402ff.) は、「行為無価値」によって「不法」と「行為責任」は充分に示されるのであって、「結果無価値」が付加するものは、過失犯の「処罰条件」であり、故意犯の「着手未遂における行為無価値の完成」であるにすぎないという。カウフマンの見解によれば、「結果無価値」は「着手未遂における行為無価値」の不定分を補充する役割を果たすだけであるが、その限りで「既遂」の要件たりうるのである。これに反して、クラッツ (D. Kratzsch, Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) — ein absolut untaugliche Versuch? Teil I, J.A. 1983, S. 420ff.; Teil 2, J.A. 1983, S. 528ff.) は、「行為無価値」と「結果無価値」を「法益侵害（危殆化）」との関連において考えようとする。正前である。
- (9) E. J. Lampe, Das personale Unrecht, S. 95ff., 218ff., 226f.
- (10) G. Spengel, Stock-Festschrift, S. 101, 110. ちなみに、「侵害犯」の「未遂」としての「法益侵害の可能性」を示す「危険」と「危険犯」の「既遂」としての「危険」とは、同一ではないことに注意しなければならない。前者は、「侵害の一手手前」であるが、後者は「侵害」を含むこともあり（放火罪の場合の建造物の「焼損」等）、「物的侵害の可能性」すら示さないこともあって（公然猥褻罪・偽証罪等の「危険」）、ビッセル (R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 403ff.) が指摘するように、各犯罪の処罰根拠と構成要件の規定内容から、個々の場合に導き出されるべきである。なお、Leipziger Kommentar, 11 Aufl. 2003, Vor § 22 Rdn. 17f. [Th. Hillenkamp].
- (11) Arm. Kaufmann, Welzel-Festschrift, S. 402ff.
- (12) 前出 Ⅲ・I・(1)・1以下。
- (13) Arm. Kaufmann, Welzel-Festschrift, S. 395, 403ff.

- (14) H. Weizel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 62, 193; D. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, S. 134 Anm. 14, 161 Anm. 33.
- (15) D. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, S. 142.
- (16) D. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, S. 136.
- (17) D. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, S. 134.
- (19) 内田・概要中巻三六八頁以下、三二〇頁。
- (20) Baumann-Weber-Mitsch, Strafrecht, Allg. T. 11 Aufl. S. 598 [W. Mitsch].
- (21) D. Kratzsch, JA, 1983, S. 420ff., 578ff.
- (22) 上の限りにおらず、U・ウェーバー (Baumann-weber, Strafrecht, Allg. T. 9 Aufl. S. 202 [U. Weber]) が「偽証罪」の「結果無価値を「司法作用の危殆化」に求めづることは正当である」。なお、前注 (9) (7)。*ユ・ジツ* F. Nowakowski, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStrW. 63, 1951, S. 287ff. 324ff.
- (23) したがってまた、危険犯も、いかなる法益への危険招来を処罰根拠とするかによつて、その「既遂時期」を異にするのである。最判昭和五八年九月二九日刑集三七巻七号一一一〇頁は、この見地におつて正当である。内田・概要中巻四〇六頁注 (7)。
- (24) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 3 Aufl. S. 271f., 274ff.; ders., Strafrecht, Allg. T. II, 2003, S. 333ff., 339f. *ユ・ジツ* 内田・概要上巻一〇四頁以下、三九七頁以下、同・中巻四〇三頁以下。
- (25) Baumann-Weber-Mitsch, Strafrecht, 11 Aufl. S. 596ff. [W. Mitsch].
- (26) H. J. Hirsch, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, Roxin-Festschrift, 2001, S. 711, 716ff.
- (27) 前出、II・II・(一)・六、内田・概要中巻六六頁以下。

二 行為無価値の結果無価値志向性

(一) 主観的違法要素

一 結果無価値と行為無価値の関係を前提とする以上は、「主観的違法要素」を認めるべきは当然である。しかし、ここでも、「結果無価値」と「行為無価値」の過度の「分断」は慎まなければならない。

そもそも、「主観的違法要素論」は、「純粹の客観的違法性論」に対する批判から出発したものである。⁽¹⁾しかし、「主観的違法性論」に拠るのではなくして、「客観的違法性論」を前提としながら、これを補正し、「例外」として「行為者の主観」が違法性に影響を与え、あるいはこれを基礎づけることがあるとする議論⁽²⁾なのである。

これまで考察してきたところからするならば、「主観的違法要素論」には正しい方向が看取される。しかし、「客観的違法性論」の「例外」とは何かが問題であるといわなければならない。「純粹の客観的違法性論」の単なる「例外論」なのかどうかである。

「主観的違法要素論」を高唱する立場は、好んで「超過的内心傾向」⁽³⁾という表現を用いる。客観的な事実を超えた行為者の主観的態度が「違法性」に大きく影響することがあるというのである。たとえば、メツガーは、ドイツ刑法二四二条（窃盗罪）に明文をもつて必要とされる「不法領得意図」について、それは行為者の内心に存在すれば足りるのであって、窃盗罪成立のために、現実に窃取した財物を「領得」する必要はないし、まして「利得」の必要は全くないという見地から、「不法領得意図」をもつて「主観的違法要素」と考え、エンギツシュは、⁽⁵⁾「既遂」に達した犯罪の「故意」は客観的結果に対応するから「責任要素」であるが、「未遂」の場合の「故意」は客観を上回っているから「主観的違法要素」として位置づけられなければならないというのである。

たしかに、「不法領得意図」や「未遂犯の故意」に「超過的内心傾向」を考えることは可能である。しかし、これらが、単に行為者の内心に潜むにすぎないだけのものなのかどうかは、さきに、「未遂の結果無価値性」について述べてきたところからして、到底承服できないといわなければならない。「未遂の違法性」は「結果惹起の客観的危険性」にあるのであって、決して「行為者の内心傾向」にあるわけではないのである。⁽⁶⁾「不法領得意図」についても同様である。

二 わが刑法二三五条(窃盗罪)・二五二条(単純横領罪)等の「領得罪」は、ドイツ刑法と違って、「不法領得意図」を必要としない。しかし、通説・判例は、「不法領得の意思」を必要とすると考えている。⁽⁷⁾その根拠は、財物損壊罪(刑二五八条以下)との区別にあるといえよう。「損壊罪」・「毀棄罪」・「隠匿罪」は「不法領得の意思」を必要としないから、重く処罰されることはないというわけである。「占有離脱物横領罪」(刑二五四条)の法定刑は、「損壊罪」・「毀棄罪」より遙かに軽い刑罰であるから、右のような議論は説得力をもたないが、それはともかくとして、「超過的内心傾向」が「主観的違法要素」であるとする論理は一貫するといつてよい。

だがしかし、問題は、その先にある。果たして、「不法領得の意思」とは、「超過的内心傾向」にすぎないものなのかどうかである。メツガーは、「超過的内心傾向」を唱えながら、それは、行為者の「主観の中に溶け込んでしまった法益侵害態度の要因(ein ins Subjektive verflüchtiges Moment des interessenverletzenden Verhaltens)」であるという。それが、「内心」にとどまらない「態度」として、「外部的に表出」していなければならないことは明白である。ヘークラーも、「不法領得意図を伴う窃取をもって(mit Wegnahme in Zueignungsabsicht)」領得は完了していると考えた。「主観的違法要素論」を批判するノヴァコフスキーは、「目的犯」の「目的」につき、それは所定の法益侵害実現には至らないまでも、これを目指したものでなければならぬから、完全に「客観化」されているという。

刑法では、「内心」は、それが行為者だけの内心にとどまる限り意味をもたないのであり、「行為」として「外部的な私たち」となってしまうはじめて「法益侵害態度」たりうるのであるから、ノヴァコウスキーの指摘はまことに正当であるといわなければならない。

したがって、「不法領得の意思」も、他人の占有を排除して、その物の事実上の支配を確立しようとする事、即ち「不法領得」に向けられた「客観的行為」の中に「具現」しなければならず、かつ、それをもつて足りるのである。「毀棄」・「隠匿」の意思との違いは、敢て「他人の占有」という障壁を冒してまでも、その物に対する事実上の支配を設定しようとする「犯罪的エネルギー」の強烈さにあるというべきである。占有離脱物横領には、この「障壁」がないのである。

わが刑法二四七条（背任罪）は、ドイツ刑法二六六条（背任罪）とは違って、明文をもつて「利得目的」と「加害目的」の二種類の「目的」のいずれかを必要とする「目的犯」として構成されている。そして、「利得目的」は、「実現」されることを要しない「主観的違法要素」であるが、「加害目的」は「故意の特殊要件」であるとする見解⁽¹⁾が有力である。おそらく、二四七条の規定上必要とされる「財産上の損害」は、「加害目的」に「対応」する筈であるから、犯罪の「既遂」の場合と同様、「主観的違法要素」とみる必要はないが、「利得目的」と「財産上の損害」は「対応」しなくてよいから、犯罪の「未遂」の場合と同様、それは「主観的違法要素」でなければならぬという考え方によるものであろう。さきに紹介したエンギツシュの見解と同様の論理が窺われる。しかし、「利得目的」か「加害目的」のいずれかが実現することなくして、事務処理委託者に「財産上の損害」が生じる場合とは考えられないのであるから、背任罪は、一般の「目的犯」とは違って、「目的の実現を必要とする目的犯」⁽¹²⁾であると考えるのが、妥当である。仮に、「利得目的」自体は実現することを要しないとしたところで、それが「任務違背行為」の中に「具現」

しなければならぬのは、「領得罪」の場合と全く同じである。

三 しかしながら、なお「内心」にとどまる「目的」を考えざるをえないのではないかという「目的犯」が残されている。それは、刑法一四八条一項の「通貨偽造罪」所定の「行使の目的」である。通貨偽造罪の「故意」とは、「通貨の通貨」の「模型」を作製する場合にも存在すると解されている。したがって、子供の教育用玩具として「通貨の模型」を作製する場合にも、一四八条一項の「故意」を肯定せざるをえないのである。しかし、このような行為には、「偽造通貨」を流通におこうという意図即ち「行使の目的」はない。したがって、作製行為も「無罪」である。しかし、作製者が、作製された「模型」の一部だけを流通におこうとして作製したときは、「行使の目的」をもつて作製された「模型」とこの目的なしに作製された「模型」とは、外観上区別することはまことに困難である。そこで、「行使の目的」は、これを、まさに「超過的・内心的違法要素」としてとらえる必要があるのではないかという疑問が生じる。⁽¹³⁾一応尤もな疑問であるが、やはりこれは否定されるべきである。刑事裁判の当然の制約として、認定できない証拠は「証拠」たりえないのである。アルトゥール・カウフマンが指摘するように、「真の審判」は「良心」なのである。

刑法一四八条二項は、このような場合を想定してか、「偽造通貨行使罪」を規定している。同罪は、「偽造通貨」の行使で成立する。自己の作製にかかわる「模型」を流通においた以上は、それが「行使の目的」で作製された「模型」であるかどうかにかかわらず、「偽造通貨行使罪」を成立させるのである。ここでは、行為者の良心に訴えるまでもなく、問題は解決するといわなければならない。⁽¹⁵⁾

さらに、かねて議論の多かった「傾向犯」の「内心的傾向」は、また別の考量から解決されることに留意しなければならない。

「傾向犯」を代表する「強制猥褻罪」(刑一七六条)では、行為者の「猥褻傾向」を示す行為が確認されなければ、「強要罪」(刑二三三条)との識別が不可能であるとする判例⁽¹⁶⁾もあるが、犯罪とは「行為者の内心」のみならず、むしろ「法益侵害」の中にあるという当然の「事理」からして、むしろ、「被害者」がいかなる「侵害」を受けたかを吟味することにより、問題は容易に解決するのである。したがって、行為者が専ら「報復」のために被害者女性を全裸にして写真を撮影したにすぎないとしても、被害者は、単に「強要」されただけにとどまらず、「性的自己決定の自由」を奪われたに違いない筈であるから、「強制猥褻罪」の成立を認めてしかるべきなのである。反対に、行為者は「猥褻の目的」をもって、いわゆる「ストーカー行為」に出たような場合であっても、被害者が「性的強制」を受けたとまではいえないときは、「強制猥褻罪」は成立しないのである。ノヴァコウスキーが正当に指摘するところである。ヘークラーも同様の見解を示したことである。「行為無価値」⁽¹⁷⁾は、このような関連においても「結果無価値」とつながるのである。⁽¹⁹⁾

四 ところが、このような「つながり」を断ち切ってしまう態度もみられる。

ヴェルツェルは、「主観的違法要素」⁽²⁰⁾によって、行為の「社会倫理的実実」に色付けが行われるという。刑法の「社会倫理的機能」を重視することが、とりもなおさず「法益保護機能」を全うすることにつながるという基本的視座からは当然に導かれるところであるともいえるが、「不法」・「法益侵害」に影響するのではなくして、「行為の社会倫理的無価値」に「色合い」を与えるだけの「内心」を取り上げることには、「心情刑法」への傾斜が色濃く窺われるのであって、強い批判を免れないであろう。⁽²¹⁾単なる「悪の志向」は、刑法では大きな意味をもつべきではないのである。

ヴェルツェルが、「労働」・「献身」・「自己犠牲」・「勇氣」・「誠実」などに「人倫的価値」を認めた点に関

する問題性は、さきに触れたところであるが、⁽²²⁾ここでは、具体的な「法益」を離れた、包括的な「悪の志向」に「主観的違法要素」の地位を与えようとしたことについて、より強い疑問を提起せざるをえないであろう。

したがってまた、「主観的行為無価値」としかいいようのない「意図無価値 (Intensionsunwert)」⁽²³⁾を問題としようとする態度に対しても、「結果無価値」と切り離された「行為無価値」を前提とすることになるものとして、同様の批判が向けられなければならないのである。⁽²⁴⁾

五 「主観的違法要素」とは反対の「主観的正当化要素」に関しても、同様に考えてゆかなければならない。尤も、「正当防衛」(刑三六条)の場合の「防衛意思」や「法令行為」(刑三五条)の場合の「法令執行意思」とか「治療意思」等は、外部的・具体的に「具現」する筈であるが、このような場合にも、敢て「内心の防衛意思」などを求める必要はないのである。「防衛意思」と「敵意(攻撃意思)」とは両立しうるのである。⁽²⁵⁾ノヴァコウスキーが指摘する通りである。⁽²⁶⁾正当防衛・緊急避難(刑三七条)等の正当行為に出るために必要な客観的条件が具備していることの「認識」の下に、「構成要件実現意思」に基づく行為が行われることをもって足りると考えなければならない。

問題は、違法阻却事由の客観的条件が具備している際に、それを知らずに「法益侵害」に出ようとした場合、たとえば、いわゆる「偶然防衛」⁽²⁷⁾の場合の解決である。相手に向けて発砲したところ、相手もすでに発砲のために構えており、一瞬早かったために命拾いをしたという場合の問題である。

「偶然防衛」では、「結果無価値」を欠如するから正当防衛を肯定してしかるべきであるという考え方もあろうが、余りにも「結果無価値」と「行為無価値」を「分断」する議論であるといわなければならない。⁽²⁸⁾ロクシンは、⁽²⁹⁾「偶然防衛」も「法確証の原理」に支えられるから、「可罰的不能犯」(ドイツ刑法二三条三項)たりうるにすぎないというが、賛成できない。正当防衛は、「不法」に対する「法の確証」であるには違いないが、「結果価値」だけを切り離し

て「行為無価値」を無視することまでも「確証」するものとは思われないからである。

しかし、「殺人既遂」とすることも妥当ではないであろう。「行為無価値」だけを強調し「結果価値」を無視してしまふことになるからである。すでに繰り返して確認したように、「結果」は重要な「犯罪成分」なのである。「偶然防衛」では、この重要部分が欠落することを看過してはならない⁽³⁰⁾。

したがって、「未遂」を考えるのが妥当である。「既遂」に充分な「行為無価値」にも拘わらず、「既遂」を認めるには不充分的な「結果価値」を考えることにより、即ち、一種の「可罰的違法性論(違法不足論)」により、「未遂」を肯定するのである⁽³¹⁾。

- (1) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 3 Aufl. S. 151ff. ロジン H. J. Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Maurach-Festschrift, 1972, S. 51ff.
- (2) A. Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Frank-Festsgabe, I, 1930, S. 251ff. 304ff.; E. Mezger, Strafrecht, 3 Aufl. S. 170.
- (3) E. Mezger, GS, 89, S. 260ff.; ders. Strafrecht, 3 Aufl. S. 168ff.; H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 78.
- (4) E. Mezger, GS, 89, S. 260ff.
- (5) K. Engisch, Bemerkungen zu Theodor Ritters Kritik der Lehre von der subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Ritter-Festschrift, 1957, S. 105ff., 169 ff.; ders. Hundert Jahre, Bd. I, S. 435f. これに對しては 内田・概要上巻一六七頁注(5)・一二五頁注(8)° ロジン H. J. Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, ZStW, 93, 1981, S. 839.
- (6) 「内心傾向」だけの問題性^は いわゆる「迷信犯」の場合に出づる。これに對しては、後出・Ⅲ・二・(二)・三以下。
- (7) これに對しては 内田・各論〔第三版〕一二五頁以下。
- (8) E. Mezger, GS, 89, S. 261.
- (9) A. Hegler, Frank-Festsgabe, I, S. 260f.

- (10) F. Nowakowski, ZStW, 63, S. 315ff.
- (11) 団藤重光・刑法網要各論(第三版・平二) 六五四頁以下。
- (12) 「目的犯」にも種々のものがあり、一般には、所定の「目的」が実現しなくても成立する場合が多いが、わが国の背任罪のように、「目的」の実現を必要とする場合もあることを付言しておく。これについては、内田・概要上巻二六七頁以下。
- (13) 平野龍一・刑法総論(昭四七) 二二四頁以下。
- (14) Arth. Kaufmann, Schuldprinzip, 2 Aufl. S. 277. ⁹⁰⁻⁹¹ Jeschek-Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. T. 5 Aufl. S. 472.
- (15) 内田・概要上巻一六五頁、二六八頁。
- (16) 最判昭和四五年一月二九日刑集二四卷一号一頁。
- (17) F. Nowakowski, ZStW, 63, S. 316f.
- (18) A. Hegler, Frank-Festschr. I, S. 313.
- (19) この関係で、特に問題なのは、ドイツ刑法等に伝統的な「謀殺」と「故殺」の区別に関わる「主観的標識」である。
ドイツ刑法二二一条(謀殺罪)は、「物欲」・「性欲」を満足させるための殺人や、「殺人嗜好」その他の「卑劣な動機」からする殺人と、「陰険」・「残忍」・「危険」な「手段」による殺人などを、二二二条(故殺罪)の加重類型としている。殺人の「故意」のほか、一定の「内心傾向」をもった「殺人」を特に重く罰しようとするわけである。リストは、すでに古くからこのような立法に疑問を提起していたが(F. v. List, Verbrechen und Vergehen wider das Leben, VDB, Bd. V, 1905, S. 1ff, 60ff) 現在なお、このような「内心傾向」は、「主観的違法要素」か「単なる責任加重要素」にすぎないかという点で、議論が続いている状態である。「法益侵害性」を高める「内心傾向」は「主観的違法要素」であるが、そうとはいえない「内心傾向」は、「単なる責任加重要素」にすぎないと考えるのが、一般的傾向であるといえよう(C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. 1, 3 Aufl. S. 259ff)。しかし、「責任だけが重い」という考え方は市民刑法の立場では許されないものであるから(内田・概要中巻一九〇頁以下)、「謀殺の内心傾向」も、すべて「主観的違法要素」としての「殺人志向の強さ」を示す場合にのみこれを肯定する必要があるといわなければならぬ(G. Jakobs, Strafrecht, Allg. T. 2 Aufl. 1993, S. 307ff, 310f)。⁹⁰⁻⁹¹ E. J. Lampe, Das personale Unrecht, S. 258ff; Jeschek-Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. T. 5 Aufl. S. 472f; 内田・概要中巻五五二頁以下。
- (20) H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, II Aufl. S. 77ff.

- (21) 勿論、「反社会的心情」が「責任」を基礎づけることは、これを否定することができなく (E. Beling, Unschuld, S. 12 Anm. 1; R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 275; Jescheck-Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. T. 5 Aufl. S. 421f.)。「違法」を考へることなしに「心情」を取り上げることが許されなうというだけである。
- (22) 前出、II・II・(II)注(21)、III・II・(I)注(21)。
- (23) Systematischer Kommentar zum StGB, 5 Aufl. 1988, Vor § 22 Rdn. 14 [H. J. Rudolph].
- (24) H. J. Rudolph, Maurach-Festschrift, S. 51f., 57f., 71f.
尤も、「意図無価値」の観念自体、必ずしも固まっていはいないことに留意する必要がある。W. Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Bockelmann-Festschrift, 1979, S. 155f., 157f.
- (25) 最近の判例の態度でもある。最判昭和四十六年十一月二十六日刑集二五卷八号九九六頁、最判昭和五〇年十一月二十八日刑集二九卷一〇号九八三頁、最判昭和六〇年九月二二日刑集三九卷六号二七五頁。なお、内田・概要中巻八一頁以下。
- (26) F. Nowakowski, ZStW. 63, S. 319.
- (27) 内田・概要中巻八一頁以下。
- (28) 「偶然」は、行為者に「好運」をもたらしうるが(前出、III・I・(I)注(12)(22)、それにも限度があるといふべきである)。
- (29) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. 1, 3 Aufl. S. 604f. 尤も、ロクシンは「未遂」を認める。
- (30) ヒルシユ (Leipziger Kommentar, 11 Aufl. Vor § 32 Rdn. 51, 59, 61 [H. J. Hirsch]) は、「純粋に客観的な違法論」からは「偶然防衛」も「正当防衛」たりえないではないが、「人的不法論」からはそれは「行為無価値」を十分に充足するものであるから「既遂」を成立させうるとしながら、「既遂犯」として処罰するに足りる「結果」は認められないとして、「未遂」減輕を考える。理論的には一貫しないものがあるが、結論としては肯定してよいと思われる。次注(31)。なお、「人的不法論」については、後出、III・II・(II)・III。
- (31) 内田・概要中巻九一頁(22)。ちなみに、ノヴァコウスキー (F. Nowakowski, ZStW. 63, S. 319) は、「不法を行おうとした」のだから「未遂」であるという。

(二) 迷信犯と行為無価値

一 人を呪い殺そうとして、午前二時、人知れず神に祈る「丑の刻参り」は、古くから「不能犯」の典型とされ、「迷信犯」の代表とされてきた。

カロリナ刑法典一〇九条は、「魔法による加害」を「火刑」に処したが、「加害」とはいかなる損害を与えることなのかは、明らかではないといわなければならない。恐怖心・心理的威圧を与えることまでをも含むとしたならば、それは「殺人」を超えて「脅迫」などに跨る広汎な「悪行」を意味することになるが、一六世紀当時の「神とのかかわり」からするならば、これを無礙に否定する必要はないであろう。⁽¹⁾

しかし、「祈り殺す」ことは、当時でも不可能だったに違いない。勿論、極めて迷信深い老人に対して「丑の刻参り」を告知し、恐怖心を駆り立て自殺に迫い詰めたような場合は、別である。そのような場合は、被害者の特異な性格を利用した「殺人」であって、「祈り殺した」のではないといわなければならない。換言すれば、被害者の特性を利用した「巧妙な殺人」なのである。⁽²⁾ 歪な文明の行方は不吉な予感を与えるが、現在のところ、「祈り殺すことはできない」という認識を前提として出発しなければならない。一九〇〇年六月二日のドイツ帝国裁判所第一刑事部判決が、「精神作用」によって人を殺せると信じて「悪魔」を呼び出そうとした被告人に対し、そのような「悪しき意思」の実行はおよそ「殺人手段」を利用したことにはならないとして、原判決を破棄し、無罪を言渡したことは、右の考量を代弁するものといえよう。たしかに「精神作用」だけでは、物理的に「人の生命」を奪う「力」を肯定することはできないのである。

二 わが刑法は、四三条以外には、「迷信犯」は勿論、「不能犯」についても、何ら規定していないのであるが、ドイツ刑法は、一九六九年の改正により、一三三条三項に、行為者が、「著しく思慮・分別を欠くことにより」所為の客

体及び手段が「およそ既遂に達しえない」ものであることを知らなかった場合について規定し、刑の任意的減軽・免除の対象としたのである。二三条三項は、「結果発生」を彷彿とさせる「危険な不能犯」を規定したものであることに異論はないが、「危険感を生じさせない、非現実的な不能未遂」即ち「迷信犯 (abergläubischer Versuch)」をも含むものであるかどうかが問題となる。⁽⁴⁾

フォイエルバッハ⁽⁵⁾は、無害物質を毒物と誤信して人に与えたり、人を祈り殺すために教会に赴いたりする者を「殺人未遂」とするのは、「権利侵害」を伴わない単なる「違法な意図」を「違法」とするもので、「法」と「モラル」の混同にはかならないとして、いわゆる「客観的未遂論」の礎石を築いた。ミッテルマイヤー⁽⁶⁾も、これに従った。

一方、すでに、カロリナ刑法典一七八条は、「悪しき意思」を強調したとして、いわゆる「主観的未遂論」が「客観的未遂論」に対抗し、判例は、一八八〇年五月二四日のドイツ帝国裁判所刑事事連合部判決以来、「主観的未遂論」に従ってきたといつてよい。さきに紹介した一九〇〇年判決は、その「修正」を示すことになる。⁽⁸⁾

「主観的未遂論」の主導者・ブーリ⁽⁹⁾は、単なる「願望」は「意思」とはいえないとして、「丑の刻参り」は「殺人願望」の表明にすぎないが故に「殺人未遂」を認めることはできないと考えた。「主観的未遂論」といえども、およそ「悪しき意思」はこれをすべて処罰するわけではないことになる。しかし、ブーリ⁽¹⁰⁾は、「毒殺の意図」で砂糖を与えたところ、被害者が砂糖を丸飲みして気管支につまらせ「窒息死」したような場合には「殺人既遂」を認めうるとういう。単なる「殺人願望」が因果的経過次第で、「殺人の故意」に変質することの説明は不可能である。重要なのは、「殺人行為」の有無であり、殺人願望・意図か殺意かではないのである。

初期のフランク⁽¹¹⁾も、「主観的未遂論」に依拠し、「丑の刻参り」のような「迷信犯」といえども、個人の安全を保障する国家にとっては放置できないことに属すると考えたが、「法秩序の平穩」に影響を与えない程度の「無知蒙昧」は

処罰に値しないとして、やがて「客観的未遂論」に近接したことである。⁽¹²⁾

一三条三項は、このような「客観説」と「主観説」の妥協の産物といえようが、そして論理的には、「客観説」と「主観説」とは対立してはならない筈のものであり、このことは、これまでの考量により充分納得できたところであると思われるが、⁽¹³⁾「認定」の議論としては、「客観的未遂論」に依拠しなければならないのである。⁽¹⁴⁾

三「客観的未遂論」を採り、「迷信犯」は、「法益侵害性」を欠き「結果無価値」に欠けるが故に不可罰であるとするのは、ごく自然に導かれる結論であるが、ここでも、「義務違反」はないのか、「行為無価値」にも欠けるのかは、改めて検討を要する問題であるといわなければならない。「法益侵害」と「義務違反」の関係、「結果無価値」と「行為無価値」の関係からして、これらは、やはり当然の要請であるといつて差支えないからである。

アルミン・カウフマン⁽¹⁵⁾は、さきにも触れたように、「迷信犯」も「行為無価値」を有し、その「故意」の中に示された意味が、「規範違反の評価基体」を決定するという。したがって、迷信犯も「不法」なのである。これは、「人的不法論」と「主観的未遂論」の貫徹のしからしむるところにほかならないのである。⁽¹⁶⁾しかし、カウフマンは、「不法」と「不法に結びついた行為責任」とは可罰性の必要条件ではあるが充分条件ではないという見地から、「予防目的」の必要性に欠けるときには、処罰の必要も消失すると提言した。果たして、いかに考えるべきであろうか。改めて検討しなければならない。第一に、「人的不法論」とは、「人間の行為」によって生じた「法益侵害」だけを「不法」と考えるべきであるとする当然の事理を祖述する議論であって、それ以外の何物でもないことに注意しなければならない。⁽¹⁷⁾つまり、これまで論じてきた「洗練された客観的違法論」にほかならないのである。ヒルシュやロクシンも指摘するように、「目的的行為論」を取るかどうかに関わりなしに肯定されるべきである。⁽¹⁸⁾

したがって、「人的不法論」は、アルミン・カウフマンのように「迷信犯」を「不法」とみる必要性を認めるわけ

ではないのである。「人的不法論」を、「人と人との関連無価値」における「法益侵害」論とみるラムベも、⁽¹⁹⁾「迷信犯」には「主体無価値」があるだけで、「社会の平穩」に危険を与える「関連無価値」は認められないから「不可罰」とどまるといっている。

「主観的未遂論」の問題性は、さきに取り上げたところである。

第二に、アルミン・カウフマンは、「迷信犯」も充分な「行為無価値」を有しているとするが、その行為無価値とは、ラムベの「主体無価値」、ないしは、さきにも触れた「意図無価値」⁽²⁰⁾を意味するだけあって、「結果無価値」実現の可能性をもった「行為無価値」ではないことを指摘しなければならぬ。ヴェルツェルも、⁽²¹⁾可罰的不能犯には「行為無価値」を肯定はするものの、「迷信犯」には、「法の現実」をゆり動かす力がないというのである。さらに、「意図無価値」即ち「悪しき意思」を強調することは、「情操刑法」に赴くものとして、一般に否定されていることを指摘したい。⁽²²⁾「丑の刻参り」には、「殺人願望」があるだけで「殺人の行為無価値」はないのである。⁽²³⁾

したがってまた、「丑の刻参り」には「殺人の故意」⁽²⁵⁾も「殺人の実行行為」も、いずれも存在しないことになる。⁽²⁴⁾実現の可能性のない意思是「故意」ではないのである。⁽²⁵⁾アルミン・カウフマンが、「迷信犯の故意」を考えるのは不当である。

第三に、「迷信犯」を禁止する「規範」は存在しないことに注意しなければならない。ゴールドシュミットが、⁽²⁶⁾「法規犯」に違反しない「義務規範」違反として、「絶対的不能未遂」をもカロリナ刑法典一七八条に従って処罰しようとした点に関する問題性は、さきに取り上げたところであるが、⁽²⁷⁾義務規範の独立性を否定する以上、「迷信犯」を禁止する「規範」は存在しないのである。

ヒルレンカムプは、⁽²⁸⁾「規範」は「超越的な力」によって動かされることがないのと同様、「超越的な力に訴えること」

によってその通用性が害されることもないという。「迷信犯」は、法にとって、「放っておいてよい」し、「この馬鹿者」といってよいというヒッペルの立言の通りなのである。したがって、ヒルレンカムプ⁽³⁰⁾にとって、「迷信犯」は、抽象的に「単なる思想は罰せられない」ということではなくして、「単なる願望は犯罪実現意思として不充足であるが故に処罰されない」ということなのである。現存する規範に陰りは生じないわけである。

四 「迷信犯」は、迷信犯にとどまる限り、即ち、他に「脅迫」や「侮辱」に当たる事情がみられない限り、刑法にとつては「取るに足りない」行為である。したがって、当然、ドイツ刑法二三条三項から排除されるべきである。⁽³¹⁾⁽³²⁾

- (1) カロリナ刑法典一〇九条は、「魔法」によって人に「損害 (schaden)」を与え、あるいは「不利益 (nachtheil)」を与えた者を火刑に処する旨を規定したのであるが (H. Zoepfl, Die peinliche Gerichtsordnung, S. 93)、「損害」・「不利益」と「悪しき意思」(同一七八条)との関係は不明確であるといわねをえない。後注 (5) (8) (13)。
 - (2) 内田・北陸法学一三卷一・二号一頁。
 - (3) RG, Str. Bd. 33, 1900, S. 321ff. なお、後注 (8)。
 - (4) 「危険な不能犯」と「危険を感じさせない非現実的な不能犯」にづいては、H. J. Hirsch, Roxin-Festschrift, S. 711ff, 719ff.
 - (5) A. v. Feuerbach, Revision, II, S. 269ff, ders. Lehrbuch, 11 Aufl., § 42 C. ちなみに、フォイエエルバッハは、カロリナ刑法典一七八条中の「非行の完遂に役立ちうる若干の外観しうる所業」という部分を強調するのである。
 - (6) Feuerbach-Mittermaier, Lehrbuch, 12 Aufl. Note 5 zu § 42.
 - (7) RG, Str. Bd. 1, 1880, S. 439ff. 事案は、「苦い黒ずんだ液体」を堕胎薬として使用させたが効果は無かったというもので、帝国裁判所は「悪しき意思」を堕胎未遂罪の根拠に揚げたのである。
 - (8) F. v. List, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21 u. 22 Aufl. 1919, S. 199. つれに對して、ヒッペル (R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 420) は、「例外」を認めた判例であるところ。
- そして、カロリナ刑法典一七八条は、「悪しき意思 (故意)」を未遂の処罰根拠にしたというのである。R. v. Hippel, Deutsches

- Stratrecht, Bd. I, S. 206f.
- (6) v. Buri, Zur Lehre vom Versuche, GS. 19, 1867, S. 60ff.; ders. Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen, ZStrW. 1, 1881, S. 185ff.
- (10) v. Buri, GS. 19, S. 71f.
- (11) R. v. Frank, Vollendung und Versuch, VDA. V. 1908, S. 255f., 263ff., 266f.
- (12) R. v. Frank, StGB. 18 Aufl. 1931, S. 88ff., 90.
- (13) カロリナ刑法典一七八条をめぐって、「客観的未遂論」と「主観的未遂論」の対立をみたが(前注(1)(5)(8))、「若干の外観しうる所業が…現出するに至りたる其の悪しき意思」が揚げられている以上、「意思の客観化」が「外観される」必要があるわけだ、その意味では「客観説」と「主観説」は対立してはならないのである。内田・概要中巻三六六頁注(2)、三六八頁以下。
- そして、「苦い黒ずんだ液体」を堕胎薬として使用させた行為と「悪魔」を呼び出そうとした行為とは、「客観説」の立場でも相違するものがあるといつてよいのである。後注(32)。
- ちなみに、「正犯故意」は、客観的に「正犯行為」として具現し、直接的な「法益侵害」を生じさせる筈であるから、主観的共犯論の「正犯」と行為支配説等の客観説の「正犯」との間にも、論理的な相違があつてはならないであろう。この点では、「主観的未遂論」と「客観的未遂論」の関係と異なるものはないといつてよいのである。前出、Ⅱ・二・(二)注(6)。
- (14) 内田・概要中巻三六九頁以下。
- 考え方は、「超過的・内心的違法要素」はこれを認めるべきではないというのが同じ発想に由来する。前出、Ⅲ・二・(一)注(8) — (10)′ (17) (18)。
- (15) Arm. Kaufmann, Weizel-Festschrift, S. 402f.
- (16) Arm. Kaufmann, Weizel-Festschrift, S. 403.
- (17) 内田・概要中巻二二頁、三三三頁注(11)。
- (18) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. 1.3 Aufl. S. 266ff.; H. J. Hirsch, ZStrW. 93, S. 838ff., 841ff.
- (19) E. J. Lampe, Das personale Unrecht, S. 211, 218, 226f.
- (20) 前出、Ⅲ・二・(一)注(23)。

- (21) H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 62, 193.
- (22) H. J. Hirsch, Roxin-Festschrift, S. 725f.
- (23) 侮辱や脅迫の「行為無価値」が認められる可能性はあろう。なお、内田・概要中巻三八〇頁注(14)。
- (24) Jescheck-Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. T. 5 Aufl. S. 532, 532 Anm. 12.
- (25) Baumann-Weber-Mitsch, Strafrecht, Allg. T. 11 Aufl. S. 609ff. [W. Mitsch].
- (26) J. Goldschmidt, Der Notstand, S. 18f., 19 Anm. 24; ders., Frank-Festschrift, I, S. 434f.
- (27) 前出 II・11・(1) 注(27)。
- (28) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. § 22 Rdn. 190 [Th. Hillenkamp].
- (29) R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 428.
- (30) よなみに、ロニン(C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. II, 2003, S. 456) は「迷信犯」を「一笑に付してよ」という。
- (30) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. § 23 Rdn. 50 [Th. Hillenkamp].
- (31) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. § 23 Rdn. 51f. [Th. Hillenkamp].
これに対して、アルミン・カウフマン(Arm. Kaufmann, Welzel-Festschrift, S. 403) は、当然反対する筈である。一方「迷信犯」は当罰性を欠くとするヴェルツェル(H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 1903) の態度は、¹⁾ ハッパでは明確でない。
- (32) ビルレンカムフ(LK § 22 Rdn. 190, § 23 Rdn. 50 [Th. Hillenkamp]) は「迷信犯」には「故意」・「実行為」が認められないから、「主観的未遂論」でも「未遂」たりえないが、今なお有力な「印象説」ではむしろ明確な限界づけは困難であるという。ロクシン(C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. II, S. 346f. 455f.) も「印象説」には批判的であるが、「迷信犯」はこれを「一笑に付してよ」のは、「法をゆり動かす印象」に欠けているからであるともいう。たしかに、法的平穩に動揺を与える「印象の有無」に訴えるだけでは曖昧といわざるをえないが、このような「印象」を無視しては、「未遂」と「不能犯」の区別は覚束ないように思われるのである。一八八〇年判決(前注(7))が、「墮胎未遂」を肯定するに当たって、「主観的未遂論」に依拠したこと、是非はともかく、「苦い黒ずんだ液体」を服用させたことの「印象」は、「悪魔を呼び出す」ことの「印象」と比較して、大きく相違するものがあるといふべきではなからうか(前注(13))。

IV
結語

一 犯罪は、人間の行為から生じた「法益侵害」である。当然、人間の「法的義務違反」が前提になる。法益侵害を回避しなければならないという「客観的義務」に反して法益侵害を生じさせたこと（不法）が、犯罪成立の第一要件である。この意味では、いわゆる責任無能力者にも犯罪の可能性はあるといわなければならない⁽¹⁾。

しかし、幼児や強度の精神病者の法益侵害に対して、刑法上の責任を求めることは賢明ではない。別の処遇を考え方がよい。刑法の歴史は、このような発展を示してきたのである。「客観的義務」に違反して法益侵害を生じさせた者に対してであつても、法律上その責任を追及することは断念せざるをえず、これを「赦さざるをえない」場合があるとして案出されたのが「責任無能力」の制度であり、「責任阻却事由」の議論である。これらが、「主観的義務違反」を認めることができない場合とされるのである。幼児や強度の精神病者は、是非・善悪の弁別ができなくてもやむをえないという認識が、「主観的義務違反」（責任）を否定する根拠となつたわけである。したがって、「客観的義務違反」を行った上、「主観的義務違反」の回避が可能であるにも拘わらず、この「主観的義務違反」に出たことが、犯罪成立の第二要件となる。この意味において、いわゆる「適法行為の期待可能性」の存在は、「主観的義務違反」を基礎づける根拠として、特に重要な意義をもつことになる。また、「責任能力」は、「責任要素」となる。

刑法規範の「評価的機能」と「意思決定機能」は、右のような関係で「人」に働きかけるのである。

これに対して、「優越利益の原理」は、刑法の評価機能が、正当防衛等に「許容」を与え、構成要件実現行為の「法益侵害性」・「客観的義務違反性」を否定させることを求め、「責任無能力」・「期待可能性不存在」は、刑法の意思決定機能を停止させ、行為者に「赦し」を与え、「客観的義務」に反する「法益侵害」の「主観的義務違反性」を

免除させるのである。

二「結果無価値」と「行為無価値」の関係も、「不法」と「責任」の分離を前提とした上で、犯罪的意思の客観化としての行為無価値が不法に影響を及ぼしうることを、しかし、行為無価値は結果無価値を志向し、外部的に客観化してはじめて刑法上の意義をもつこと、即ち、「責任」(内心)は「不法」(具現)を前提としなければならないことを確言するものとして重要である。

しかし、「不法」と「責任」の「過度の分離」、「結果無価値」と「行為無価値」の「分断」は、到底は認できない。本稿は、特徴的な若干の具体例の検討を通して、以上の諸点の明確化に努めたものにほかならない。

ところが、「法益侵害」は「義務違反」を前提とするのに、「責任」は「不法」を前提にしなければならないというのは、一貫しないものをもっているといわざるをえない。二つの命題を統一的に説明することが、残された課題である。

三 ハルトヴィツヒは、「責任」が根拠(原因)で「不法」は結果であるという。責任は不法を前提とするというベーリング以来の犯罪論体系を逆転させることになりかねないが、法益侵害が義務違反を前提とすることは維持される。果たして、いかに考えるべきであろうか。

ハルトヴィツヒは、体系論ではなくして、犯罪の現実的生成過程論を展開したものである。犯罪とは、意思が行為を生み出し結果へと結実した生活現象にはかならないというだけなのである。この観点では、意思(責任)が結果(不法)を実現する。まさに、責任が根拠であり、不法は結果である。

しかし、ベーリング以来の刑法解釈論の体系的分析は、まず、「法益侵害」という結果を確認した上で、その「原因」を訊ね、処罰に値する意思に起因する結果といえるかどうかを判断するのが、刑法的思考として賢明な方策であると考えたのである。原因が結果を生むのが現実であるが、その「確認」は、最終的な結果から遡って、最初の原因

を採る方法を採用して差支えないし、むしろ、それが一般的な「事実認定の論理」なのである。いかなる裁判官も、人の「内心」を直接覗き観る力をもたない以上、やむをえないことであるといわなければならない。⁽³⁾ ハルトヴィツヒも、「責任」は外界に変更を与えないが、「不法」は外界に変更を与えたという。⁽⁴⁾ 「客観的義務違反」を前提とした「法益侵害」の確認から原因としての「責任」即ち「主観的義務違反」の有無を訊ねることは、ハルトヴィツヒにおいても、決して否定されてはいないのである。

さらにまた、「不法」と「責任」は、同一の事物が、何に対する関係で観念されるかによる区分けにすぎないとする見解も⁽⁵⁾みられることに注目する必要がある。このような理解については、すでにマイホーフアーが、⁽⁶⁾「社会」に対する関係での「社会的人間」としての「不法」と「個人的人間」としての「責任」という区分けを提唱したことであったが、最近では、さらにラムベが、⁽⁷⁾「社会的関係における不法」と「自我に対する責任」という視座を提言するのである。

たしかに、「人的不法」という観念は、「人間の法益侵害」を「不法」と呼ぶという当然の事理を述べるばかりではなくして、⁽⁸⁾「自己の不法」こそを「不法」と考え、「自己の不法」と「自己の責任」が犯罪を構成するものであることをも明確にするのである。責任無能力者も、「社会に対しては自己の犯罪」を行っているが、「自分自身」に対しては犯罪たりえないのではなからうか。⁽⁹⁾すでにくり返して指摘してきたように、「責任無能力者」に対しては、「意思決定機能」の作用を「停止」させるだけなのである。⁽¹⁰⁾

「自己の不法」と「自己の責任」という考え方は、さらに、共犯の関係でも重要な意味をもつことになる。たとえば、わが国で特に議論を呼んでいる「犯罪共同説と行為共同説」の対立や、「違法共犯論」に関わる「違法連帯」の意義等について、一定の反省を迫ることになるのである。即ち、「犯罪共同説」と「行為共同説」の極端な対置は、非

(11) 共同正犯とは、共同行為者のそれぞれが、他の共同者と補充し合う関係において、「自己の犯罪」を実行するものである(刑六〇条)。たとえば、殺意のある者と殺意のない者が共同して犯行に出て被害者を死亡させた場合には、殺意のある者には殺人罪が成立し、殺意のない者には傷害致死罪が成立して「共同正犯」となるのである。最決昭和五四年四月一三日刑集三三卷三三〇一七九頁は、「傷害致死罪」の「限度」で両者に共同正犯(部分的共同正犯)が成立するというのが、曖昧であるといわなければならない。殺意のある者は、当然「殺人罪」の責任を負うべきであるが、「傷害致死罪の限度」で成立した「共同正犯」と最終的に責任を負うべき「殺人罪」との関係が不明確だからである。内田・概要中巻四三三頁以下、四九一頁以下。

なお、C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. II, S. 95.

(12) 老母を山中に遺棄した息子には、「保護責任者遺棄罪」(刑二一八条前段)が成立し、これを補助した息子の友人には「単純遺棄罪」(刑二二七条)の補助罪が成立するが、刑法六五条二項の適用上問題がないわけではない。二一八条の「保護責任者」としての「身分」は「責任加重身分」であり「責任身分」は「連帯」しえない「一身的身分」であるから、この場合の「友人」には二一八条の補助犯成立の根拠が欠け、専ら二二七条の補助罪が成立するにすぎないと考えることも不可能ではないが、賛成できない。すでに再三に亘って強調してきたように、「責任身分」は刑罰を軽くする身分であるべきであって、加重身分であってはならないのである。加重身分はすべて「違法身分」であると考えなければならないわけである。二一八条の「保護する責任のある者」も、「責任」という表現に惑わされることなしに、要保護者の生命に重大な危険を生ぜしめる身分即ち「違法加重身分者」を指すものとみるべきである。幼児や老人は、家族に捨てられたときが、その生命に、より高度の危険を生じさせるという単純な事実が、これを証明するであろう。

したがって、「息子」の遺棄を支援した「友人」にも「違法連帯」の効果が及び、六五条一項により「保護責任者遺棄罪」の補助犯が成立するが、「刑」だけは六五条二項により「通常の刑」即ち単純遺棄罪補助犯の刑が科されるところであるが、従来の有力説なのであるが、「友人」の「違法性」は「正犯の不法」を引受けることなしに、「単純遺棄罪」のそれにとどまると考えるのが、より妥当なのである。即ち、「自己の不法」に対応する「自己の責任」の確立である。内田・概要中巻五三三頁以下、五四〇頁以下、五四九頁以下。これに対して、ロクシンは、「違法連帯」を可能な限り一貫させながら、「責任加重身分」をも考えようとするのである。C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. II, S. 234ff., 239ff., 252ff.

(13) 「自己の不法」と「自己の責任」という発想は、「違法共犯論」との不調和を生じさせるかにみえるが、そうではないことに注意

しなければならない。

そもそも、「違法共犯論」とは、「責任共犯論」・「極端従属性論」はこれを探る必要はないという考え方に基づくものであつて（内田・概要中巻四三六頁以下）、ロクシン（C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. II, S. 129ff.）が指摘するように、共犯の不法は、一部は正犯の不法に従属するが、他の一部は共犯独自のものであるとする議論にはかならないのであり、正犯の不法に「従属する部分」といえども、非身分者が真正身分犯の共犯たりうる場合にみられるところでもあるが、正犯の実行に働きかけて、これを動かすことができたからこそ共犯たりえたものと考えるべきことから了解されるように、「自己の不法」そのものなのであつて、単に「正犯の不法」を引受けるだけの「従属的不法」にとどまるものではないことを改めて確認しなければならないのである。（内田・概要中巻四四三頁以下）。ちなみに、不真正身分犯においては、非身分者も、正犯としてであれ、共犯としてであれ、「自己の不法」即ち「基本犯」の正犯ないしは共犯を実現しうるのであるから、特段の問題は生じない。六五条二項はこのことを確認したわけである（内田・概要中巻五四九頁以下）。